Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Vierzehnter Band. Zweites Heft.

VII.

Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger.

Von v. Löhr.

Wenn von dem Verhältniſſe mehrerer Pfandgläubiger und den, den beſſern und ſchlechteren zuſtehenden, Rechten die Rede iſt: ſo pflegt man die Sache häufig ſo darzuſtellen, als wenn es nur eine Art gebe, wie mehrere Pfandgläubiger neben einander vorkommen können, und daher auch die Rechte derſelben immer nach denſelben Geſichtspunkten beurtheilt werden müßten. Daß dies nicht der Fall ſey, daran habe ich ſchon an einem andern Orte erinnert und darauf aufmerkſam gemacht, daß es bei der Beurtheilung der Verhältniſſe mehrerer Pfandgläubiger von weſentlichem Einfluſſe ſey, ob dieſe ihre Rechte von einem, oder ob ſie dieſelben von verſchiedenen Verpfändern ableiten, ſo wie die Art, auf welche dieſes in dem letzten Falle geſchieht [1]). Dieſe Bemerkung etwas näher zu beſtimmen und zu erläutern, iſt der Zweck dieſes Aufſatzes.

Daß mehrere Pfandgläubiger ihre Rechte von verſchiedenen Verpfändern ableiten, kann vorzüglich auf eine drei-

1) Dieſes Archiv Bd. 6. S. 154.

fache Weise vorkommen. Es kann namentlich der Fall seyn erstens, daß die verschiedenen Verpfänder in successivem Verhältnisse stehen, d. i., daß die Pfandgläubiger ihre Pfandrechte weiter verpfändet haben und daß hierdurch eine Mehrheit derselben entstanden ist. Wenn es auch allgemein anerkannt wird, daß in diesem Falle sowohl der Vorzug wie die Befugnisse der verschiedenen Pfandgläubiger nach ganz eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden müssen: so pflegt doch dieser Fall weder in der Lehre von der Collision angegeben, noch bemerkt zu werden, in wiefern hier die Rechte der frühern und spätern Pfandgläubiger nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt werden können.

Ueber das Verhältniß dieser Pfandgläubiger bestimmen übrigens unsere Gesetze wenig. Gewiß ist es hier wohl freilich, daß im Collisionsfalle der zweite Pfandgläubiger den Vorzug hat vor dem ersten, auch wenn dieser ein privilegirtes oder öffentliches, jener nur ein gewöhnliches Pfandrecht haben sollte, weil creditor creditoris creditori praefertur. — Dem zweiten Pfandgläubiger ist hier nicht sowohl die Sache, sondern das Pfandrecht des ersten Gläubigers verpfändet. Da ein Pfandrecht nicht bestehen kann ohne Forderung und es nur mit Rücksicht auf diese juristische Bedeutung hat: so liegt in dieser weiteren Verpfändung des Pfandrechtes auch eine stillschweigende Verpfändung der ersten Forderung [2]). Von Beidem ist die Folge, daß das Pfandrecht des zweiten sowohl in Rücksicht auf den Gegenstand [3]), wie in Beziehung auf die Forderung nicht weiter geht, wie das Pfandrecht des ersten [4]). Daher wird die Fortdauer des zweiten Pfandrechtes bedingt durch die Fortdauer des ersten, es erlischt also auch, wenn die erste For-

---

2) Mühlenbruch Cession § 28.

3) c. 1. C. 8, 24.

4) fr. 13. §. 2. D. 20, 1. — c. 2. C. 8, 24.

derung giltig bezahlt wird [5]). Daher kann der zweite creditor, gerade wie bei der Verpfändung einer Forderung, von dem ersten Debitor giltig Zahlung annehmen [6]), ja er kann sich der utilis actio gegen diesen bedienen [7]); daher kann er durch Veräußerung des Pfandes dieselben Rechte übertragen, welche der erste Pfandgläubiger hätte begründen können und vernichtet durch seine Veräußerung nicht allein sein Pfandrecht, sondern auch das erste [8]). Daher sind dem zweiten Pfandgläubiger nach Bezahlung des ersten die diesem gezahlten corpora verpfändet, wie bei der Verpfändung einer Forderung. Daß bei der Berichtigung einer Geldsumme nicht dasselbe eintritt, ist eine natürliche Folge davon, daß die gezahlten Stücke nicht wohl weiter verfolgt werden können [9]).

So gewiß das bisher Angegebene zu seyn scheint: eben so ungewiß ist das nähere Verhältniß dieses ersten, d. i. schlechteren Pfandgläubigers. Unsere Quellen bestimmen darüber durchaus nichts Näheres. Namentlich erklären sie sich darüber nicht, ob er die Veräußerungsbefugniß behalte, ob diese an die Befriedigung seines Gläubigers, d. i., des bessern Pfandgläubigers, gebunden sey, oder ob dieser sich mit dem Rechte, welches das fr. 13. §. 2. D. 20, 1. ihm im Falle der Befriedigung des ersten Gläubigers durch den ersten

---

5) fr. 40. §. 2. D. 13, 7. — c. 1. C. 8, 24.

6) c. 2. C. 8, 24.

7) fr. 13. §. 2. D. 20, 1. — c. 1. C. 8, 24. Die im Anfange jener Stelle erwähnte *utilis* actio scheint denn doch deutlich die bei dem verpfändeten nomen vorkommende. Dafür, daß hier eine *utilis* actio hypothecaria gegeben werde, dürfte sich durchaus keine Rechtfertigung finden, da die directa actio bei der Verpfändung unkörperlicher Sachen, insofern hier überhaupt eine hypothecaria actio gedacht werden kann, eben so gut Statt finden muß, wie wenn körperliche verpfändet wurden.

8) c. 1. C. 8, 24.

9) fr. 13. §. 2. D. 20, 1. Ueber diese Stelle s. Archiv Bd. 13. S. 355. und die dort Angeführten.

Schuldner giebt, begnügen müſſe? Eben ſo wenig wird geſagt, welchen Einfluß die Veräußerung des erſten Pfandgläubigers auf das Pfandrecht des zweiten, d. i. beſſern, habe, noch ob und in wiefern im Falle der Veräußerung durch den zweiten, der erſte Anſprüche auf die hyperrocha machen könne? Von einem, hier freilich kaum gedenkbaren, jus offerendi, d. i. dem Rechte, das vorzüglich im Falle der Verpfändung durch denſelben Verpfänder dem ſchlechtern Gläubiger zuſteht [10]), wird durchaus nicht geredet. Eben ſo wenig wird angegeben, in wiefern dem erſten noch immer die dingliche Pfandklage zuſtehe, noch ob der zweite Pfandgläubiger ſich gegen ihn dieſer Klage bedienen könne [11])? Daß dies Letzte der Fall ſey, dürfte übrigens wohl kaum bezweifelt werden können.

Es kann vorkommen zweitens, daß mehrere Verpfänder neben einander beſtehen, die durchaus unabhängig ſind. Dies iſt der Fall, wenn der Eigenthümer und der dinglich Berechtigte, wenn mehrere bonae fidei possessores, wenn der Eigenthümer und der Beſitzer in gutem Glauben Pfandrechte beſtellen. In dieſem Falle kann eigentlich nicht von einem Verhältniſſe der mehreren Pfandgläubiger, nicht von einem beſſern und von einem ſchlechtern, einem früheren oder ſpäteren Pfandrechte die Rede ſeyn. Ein jeder dieſer Pfandgläubiger iſt es, als wenn die anderen gar nicht vorhanden wären. Ein jeder kann veräußern völlig unabhängig von den Uebrigen. Seine Veräußerung hat durchaus keinen Einfluß auf das Recht der Andern, durch ſeine Veräußerung überträgt er aber auch nur die Befugniſſe, die ſein Verpfänder

10) Omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat. fr. 12. §. 9. D. 20, 4.

11) Daß die in fr. 13. §. 2. D. 20, 1. — c. 1. C. 8, 24 erwähnten actiones *utiles* keine Pfandklagen ſeyn können, dies iſt ſchon oben bemerkt worden. — Eine *persecutio* pignoris ſteht übrigens, ſo lange das Pfandrecht dauert, dem zweiten Pfandgläubiger zu. fr. 40. §. 2. D. 13, 7.

gehabt hatte, der Käufer muß die Rechte der Andern respectiren, wenn der Verpfänder die Rechte der Andern hätte respectiren müssen, aber auch nur insofern, als dies der Fall war. Ein Jeder hat gegen den andern die hypothecaria actio, aber nur alsdann mit Wirkung, wenn sein Verpfänder im Augenblicke der Verpfändung [12]) gegen den Verpfänder des Andern mit Wirkung hätte klagen können, oder nachher eine wirksame Klage gegen denselben erworben hat [13]).

---

12) Daß durch nachherige Ereignisse, welche nur die Person des Verpfänders betreffen, das Recht des Pfandgläubigers nicht vermindert werden könne, versteht sich wohl von selbst und ist deutlich genug in fr. 3. D. 20, 1. ausgesprochen. Damit ist übrigens nicht geläugnet, daß resoluto jure dantis auch das Pfandrecht erlöschen könne. Von diesem Falle, über den Fritz im Archiv Bd. 8. H. 2. No. 11. gründlich gehandelt hat, ist übrigens hier, wo von dem Verhältnisse bestehender Pfandrechte gesprochen wird, durchaus keine Rede.

13) Das Wesen des P. R. besteht darin, daß der Gläubiger die Befugniß hat die Sache des Verpfänders zu veräußern und durch diese Veräußerung die Rechte des Verpfänders auf den Käufer zu übertragen. Hiernach scheint es in der Natur des P. R. gegründet, daß iede Verbesserung der Rechte des Verpfänders, welche vor der Veräußerung statt findet, auch dem Käufer zu gut kommen muß, und daß sich hierdurch auch das P. R. selbst verbessert. Dies muß um so mehr der Fall seyn, da die Klagen des Verpfänders utiliter vom P. G. angestellt werden können. (Not. 15.) Wenden wir diese Bemerkung auf die Lehre von der Verpfändung fremder Sachen an, die neuerdings mehrfach besprochen worden ist (Archiv Bd. 9. S. 246. Bd. 11. S. 392. Tübinger Jahrbücher Bd. 5. S. 356.); so muß in allen Fällen, wo der Verpfänder Eigenthum nach der Verpfändung erwirbt oder Exceptionen gegen den Eigenthümer erhält, sich das Recht des P. G. verbessern. Wenn es auch stricto jure nicht verändert wird, so muß es doch eine utilis actio, den Schutz durch eine exceptio, der exceptio rei venditae und traditae ähnlich, und die Befugniß erzeugen, die Rechte des Verpfänders auf den Käufer zu übertragen. Die widersprechenden Stellen lassen sich aus dem, von Hrn. D. Müller hervorgehobenen, historischen Gesichtspunkte, meiner Meinung nach, sehr wohl

Gerade darum entscheidet bei zwei von Nichteigenthümern bestellten Pfandrechten der Besitz [14]). Einem Jeden stehen die actiones des Verpfänders utiliter zu, jedoch natürlich nur mit gleicher Wirkung [15]). Dagegen kann hier weder von einem Anspruche auf die hyperrocha, noch von einem jus offerendi und succedendi die Rede seyn.

Der dritte Fall ist, wenn die mehreren Verpfänder, zwar in Rücksicht auf die Bestellung des Pfandrechtes unabhängig, in Beziehung auf das verpfändete Recht im Verhältnisse von auctores und successores sich befinden. Da in diesem Falle Alles so behandelt wird, als wenn einer und derselbe Verpfänder alle Pfandrechte bestellt hätte [16]); so

---

erklären: allen andern Erklärungen scheinen dagegen unübersteigliche Hindernisse entgegen zu stehen. In der That würde es unbegreiflich seyn, wenn selbst das Recht des Successors, wenn der Auctor dem Eigenthümer oder dieser jenem succedirt, durch die exceptio rei venditae et traditae die Wirkung des Eigenthums erhalten: dagegen in diesem Falle, wo eine solche Convalescenz viel näher liegt, nicht ein ähnliches Verhältniß eintreten sollte.

14) fr. 14. D. 20, 4.

15) v. Jungenfeldt über das Pfandrecht an eigner Sache §. 13.

16) Thibaut civ. Abh. S. 311 — 320. — Archiv Bd. 10. H. 3. No. 19. — Hagemann praktische Erörterungen B. 8. Abth. 2. No. 1. — Erlanger Jahrbücher B. 15. H. 1. S. 51 — 54. — Da es nicht meine Absicht ist die Frage zu beantworten, wann ein Pfandgläubiger vor dem andern einen Vorzug verdiene; sondern nur von den Rechten der früheren und späteren Pfandgläubiger zu reden: so kann ich den Aufsatz des Hrn. D. Hepp in der Zeitschrift für Civ. R. u. Proz. B. 4. H. 1. No. 3. nicht näher berücksichtigen. Daß der auctor kein Recht, den frühern Pfandgläubiger zu verkürzen, auf seinen successor überträgt, dies versteht sich wohl von selbst. Ein solches Recht hat auch er nicht: im Gegentheile macht er sich des Stellionates schuldig, wenn er wissentlich und absichtlich eine solche Verkürzung herbeiführt. Die hier vorkommenden Fragen sind einzig die, ob das einem Pfandgläubiger von den Gesetzen gegebene Privilegium dadurch ver-

bleibt nur noch von dieſem zweiten Hauptfalle hier zu reden übrig.

Durch das Pfandrecht wird ein Verhältniß des Pfandgläubigers zur verpfändeten Sache begründet, in Ge-

---

mindert werde, daß nicht der Verpfänder ſelbſt, ſondern deſſen auctor ein früheres Pfandrecht beſtellt hat? Ferner ob, wenn man überhaupt bei dem generellen Pfandrechte das Datum des P. R. an den bona futura zurückzieht, auch in Rückſicht auf das vom auctor beſtellte P. R. dieſes Zurückziehen Wirkung äußere? — Da Hr. H. Hepp beides bei der successio per universitatem wegen der ſtattfindenden unitas personae zugiebt: ſo muß er es auch bei der singularis successio zugeſtehen, wenn er ſich nicht in unauflösbare Widerſprüche verwickeln will. Um dieſes zu beweiſen, will ich hier nur auf das Einzige aufmerkſam machen, daß der Erblaſſer mehrere Erben haben, einem aber die ganze verpfändete Sache als Legat oder durch Erbtheilung zufallen kann. In dieſem Falle iſt der Erbe nur pro rata debitor, die verpfändete Sache beſitzt er ganz und zwar zum Theile durch singularis successio, zum Theile als successor per universitatem. Da causa pignoris est individua; ſo würde es nicht wohl möglich ſeyn für eine rata den Vorzug des alten Pfandes zu läugnen, für die übrigen dagegen zu behaupten: hier dagegen die separatio ganz abläugnen oder ganz annehmen zu wollen, würde durchaus die eignen Grundſätze des Hrn. D. H. vernichten. — Ueberhaupt läßt es ſich nicht wohl einſehen, warum nur da, wo mehrere Pfandgläubiger einen und denſelben Pfandſchuldner haben, von einer Anwendung der Grundſätze über die Colliſion der Pfandrechte ſoll geſprochen werden können? Der von ihm ſelbſt angeführte Fall der Verpfändung für eine fremde Schuld ſcheint dieſe, in unſeren Geſetzen nirgends ausgeſprochene, Anſicht vollſtändig zu widerlegen. Daß hier der Verpfänder Schuldner und zwar ein Real-Bürge (was dies für einer ſey, dies iſt mir, offen geſtanden, unbekannt) ſey, dürfte weder ernſtlich gemeint ſeyn, noch die Schwierigkeit löſen. — Die anſcheinende Unbilligkeit der im Texte angenommenen Meinung verſchwindet gar ſehr, wenn man alle Pfandgläubiger in das Auge faßt und dabei bedenkt, daß der Gläubiger nicht allein ſeinen Schuldner zur gehörigen Zeit an-

folge von welchem dieſer eine, von der Willkühr des Verpfänders unabhängige, Veräußerungsbefugniß erhält. Eine natürliche Folge hiervon iſt es, daß jede Verpfändung enthält eine Veräußerung [17]). Darum bedarf ſie dieſelben Vorausſetzungen und Förmlichkeiten, wie jede andere Veräußerung [18]), darum iſt jede Veräußerung einer ſpeciell verpfändeten Sache durch den Schuldner unerlaubt [19]), ja nichtig, wenn ein pactum de non distrahendo hinzugefügt worden [20]). Aus dieſem Grunde ſoll der debitor die Sache nicht weiter verpfänden, ja es wird als Stellionat betrachtet, wenn dies ohne Benachrichtigung des zweiten Gläubigers geſchieht [21]). Daher wird die zweite Verpfändung mit der wiſſentlichen Verpfändung einer fremden Sache auf eine Linie geſtellt [22]): ja es ſcheint, daß im alten Rechte eine zweite Verpfändung nur als eine bedingte betrachtet wurde, die nur alsdann Wirkſamkeit äußerte, wenn das erſte Pfandrecht aufhörte und im Augenblicke ſeiner Beendigung die verpfän-

---

gehen, ſondern auch nach der Nov. 112. c. 1. [welche nicht auf den Fall der angeſtellten Pfandklage zu beſchränken iſt, wie die c. 2. C. 8, 28. noch deutlicher zeigt und Julian beweiſt,] wenigſtens im Falle eines ſpeciellen P. R. ſogleich das veräußerte Pfand vindiciren und zum Verkaufe bringen kann. In den meiſten Fällen wird er es ſich alſo ſelbſt zuſchreiben können, wenn er durch die hier vertheidigten Grundſätze leidet.

17) c. 7. C. 4, 51.

18) fr. 1. §. ult. fr. 2. 3. D. 27, 9.

19) fr. 19. §. 6. fr. 66. pr. D. 47, 2. Ein furtum iſt freilich nur vorhanden, wenn die Sache beweglich iſt: darum enthält aber doch die Veräußerung einer unbeweglichen, ſpeciell verpfändeten, Sache nicht weniger ein Unrecht. Ob durch die Nov. 112. c. 1. hier Etwas geändert worden, gehört hier nicht her.

20) fr. 7. §. 2. D. 20, 5.

21) fr. 36. D. 13, 7. — fr. 15. §. 2. D. 20, 1. — fr. 3. D. 47, 20. — c. 1. 4. C. 9, 34.

22) fr. 36. §. 1. D. 13, 7.

dete Sache sich noch in bonis des Verpfänders befand [23]). Wenigstens scheint aus diesem, durch das bisher Angedeutete hinreichend motivirten, Gesichtspunkte nur allein erklärbar eine Stelle von Africanus [24]). Allerdings ist es bald nach diesem Zeitpunkte dahin gekommen, daß auch dem spätern Pfandgläubiger ein wahres Pfandrecht zugeschrieben, ihm eine vindicatio gegen Dritte gestattet [25]), für den Fall der Veräußerung durch den ersten ein Anspruch auf die hyperrocha gegeben [26]) und das jus offerendi zugestanden wurde [27]): allein auch nach diesen Veränderungen ist die ganze Stellung des ersten zu den spätern Pfandgläubigern von der Art, daß sie nur allein aus dem Gesichtspunkte erklärbar scheint, daß ursprünglich das zweite Pfandrecht nicht als ein schon wirklich bestehendes betrachtet wurde.

Der erste Pfandgläubiger hat nicht nur einen Vorzug vor dem spätern; sondern er hat allein die volle Ausübung der dem Pfandgläubiger zustehenden Rechte. Er kann dem spätern die verpfändete Sache abfordern [28]), er kann ohne Zustimmung der spätern veräußern; ja durch diese weder an der Veräußerung gehindert, noch dazu genöthigt werden [29]). Durch seine Veräußerung werden alle Rechte des Verpfänders vollständig auf den Käufer übertragen, und selbst mehr wie diese, da die Pfandrechte der spätern Pfandgläubiger er-

---

23) Archiv B. 11. S. 388 fgde.

24) fr. 9. §. 3. D. 20, 4.

25) fr. 11. §. 4. fr. 12. pr. §. 7. D. 20, 4.

26) fr. 12. §. 5. fr. 20. D. 20, 4.

27) Alle hiervon redenden Stellen sind jünger, wie Africanus. Wie sehr übrigens gerade mit diesem Rechte die Existenz eines zweiten Pfandrechtes zusammen hänge, dies wird die Folge noch mehr ergeben.

28) fr. 12. pr. D. 20, 4.

29) c. 3. C. 8, 20.

löſchen [30]), ein ſicheres Zeichen, daß dieſe durch die Exiſtenz des frühern Gläubigers durchaus wirkungslos ſind, was nur aus den oben angegebenen Geſichtspunkten erklärt werden kann.

Gerade damit hängt es zuſammen, daß die zweite Verpfändung nur allein als eine Verpfändung der hyperrocha angeſehen [31]), und uns ausdrücklich geſagt wird, omnino secundus creditor *nil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat* [32]). Beſteht, ſo lange das erſte Pfandrecht fortdauert, das Recht des zweiten Pfandgläubigers zunächſt in dieſem jus offerendi; ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus [33]), und daß der frühere Pfandgläubiger, wenn er es nicht vorzieht den ſpätern Gläubiger abzufinden [34]), ſich die Abfindung gefallen laſſen muß [35]), ja ſelbſt wider ſeinen Willen durch Desoſition der Schuld das Pfandrecht auf den ſpätern übertragen werden kann [36]).

Auch das verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn der ſpätere den früheren abgefunden hat, und durch dieſe Abfindung ganz an deſſen Stelle getreten iſt, ihm jetzt die Veräußerungsbefugniß zuſteht [37]): dagegen dürfte dem ſpätern Pfandgläubiger, ſo lange er gegen den frühern noch kein jus offerendi ausgeübt hat, ſchwerlich die Befugniß zugeſprochen werden

---

30) c. 6. 7. C. 4, 10. — c. 1. C. 8, 20. — c. 8. C. 8, 28.
31) fr. 20. D. 20, 4.
32) fr. 12. §. 9. D. 20, 4.
33) c. 22. C. 8, 14. — c. 1. 5. C. 8, 18.
34) Archiv B. 11. S. 385.
35) Der Zwang tritt dadurch ein, daß jetzt dem creditor prior die actiones denegirt werden. fr. 11. §. 4. D. 20, 4.
36) c. 1. C. 8, 18. Allerdings iſt dies etwas Beſonderes, da durch Hinterlegung, welche von Anderen als dem Schuldner und ſeinen Stellvertretern vorgenommen worden, die Forderung nicht erliſcht.
37) fr. 5. D. 20, 5. — c. 8. C. 8, 18.

können als Pfandgläubiger zu veräußern, d. i. so, daß die Rechte des Verpfänders auf den Käufer übergehen und daß die spätern Pfandrechte erlöschen. Nur eine Uebertragung seines Pfandrechtes dürfte ihm zu gestatten seyn, eine Veräußerung der Sache dagegen dem Käufer höchstens die Rechte geben, welche er erlangt haben würde, wenn er gegen Abtretung der Pfandschuld den veräußernden Pfandgläubiger abgefunden hätte.

Die Richtigkeit dieser Ansicht scheint schon aus den bisher angegebenen Momenten hervorzugehen und noch mehr dadurch bestätigt zu werden, daß im Falle der Veräußerung durch den ersten Pfandgläubiger der Verpfänder [38]), bei der Veräußerung durch den zweiten er selbst für die Eviction einsteht [39]), nur also in jenem, nicht in diesem, Falle der Verpfänder als auctor betrachtet wird. Ganz bestimmt dagegen beweis't sie sich aus den folgenden Stellen:

fr. 1. D. 20, 5.

Creditor, qui praedia pignori accepit, et, post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, *ante secundum creditorem dimissum, nullo jure caetera bona titulo pignoris vendidit:* sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit: nec utilis danda est: nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur; quia propriam causam, *ordinis errore ductus*, persecutus videtur: praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet: quia neque possidet,

38) fr. 11. §. 16. D. 19, 1. — fr. 10. D. 20, 5. — c. 1. 2. C. 8, 46.

39) c. 1. C. 8, 46.

neque dolo fecit, ut desineret possidere. Sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

fr. 5. pr. D. eod.

Cum secundus creditor, *oblata priori pecunia, in locum ejus successerit, venditionem*, ob pecuniam solutam et creditam, *recte facit.*

c. 8. C. 8, 18.

Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est: *nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.*

Die letzte dieser Stellen spricht ganz deutlich aus, daß der zweite Pfandgläubiger die *distrahendi* potestas nur alsdann erlange, wenn er den früheren abgefunden habe, daß er dagegen vor dieser Abfindung keine Veräußerungsbefugniß in Anspruch nehmen könne. Allerdings steht diese Constitution in dem Titel, qui potiores in pignore habeantur; allein dadurch kann denn doch der Sinn der Worte nicht geändert werden. Aber auch angenommen, dieses Rescript sage, was es übrigens nicht sagt, der spätere dürfe die Sache veräußern, wenn er nur alsbald mit dem Erlös den früheren abfinde: würde denn hierdurch in dem Resultate irgend etwas Wesentliches verändert seyn? Auch in diesem Falle würde die Veräußerung doch immer nur durch die Abfindung des früheren Rechtsbeständigkeit erhalten: ja es würde sich jetzt die Sache so stellen, daß der frühere einen Anspruch gegen den spätern auf vorzügliche Befriedigung erhielte. Daß dieses Letzte nicht der Fall sey, sagt das oben abgedruckte fr. 1. mit dürren Worten, und so ergiebt sich hieraus wiederholt die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung.

Nicht minder deutlich, wie die eben erklärte Constitution, spricht das abgedruckte fr. 1. Hier wird der folgende Fall

beurtheilt. Es hat Jemand zuerſt dem A beſtimmte Gegenſtände, dann dem B ſein geſammtes Vermögen verpfändet, ſpäter dem A ebenfalls ein generelles Pfandrecht gegeben. Hierauf hat der A, *ordinis errore ductus*, das geſammte Vermögen des Schuldners veräußert. Von dieſer Veräußerung heißt es nun:

ante secundum creditorem dimissum *nullo jure* caetera bona titulo pignoris vendidit,

d. i., die Veräußerung der nicht zu dem ältern ſpeciellen Pfande gehörenden Gegenſtände iſt, da der A den B nicht abgefunden hatte, widerrechtlich vorgenommen worden. Daher ſoll der B, da er nach der Eigenthümlichkeit der vorliegenden Thatſachen keine Klage hat gegen den A, ſein Pfandrecht gegen die Beſitzer zu verfolgen berechtigt ſeyn. Daß durch die hervorgehobenen Worte nur etwas Factiſches ausgeſprochen und nur die Bemerkung gemacht werde, „daß der „verkaufende nachſtehende Pfandgläubiger, ohne auf das „Recht des bevorzugten Gläubigers auf vorzugs„weiſe Befriedigung aus dem Erlöſe (aus Unwiſſen„heit) durch vorzugsweiſe Bewirkung dieſer Be„friedigung die erforderliche Rückſicht genom„men zu haben „*ante creditorem dimissum*“ durch „den Verkauf (vendidit) nur für ſeine Befriedigung ge„ſorgt habe, indem er den Erlös an ſich gezogen hätte,“ — dies ſcheint denn doch mit Wort und Zuſammenhang im Widerſpruche zu ſtehen, auch zu den nachfolgenden Erörterungen durchaus nicht zu paſſen. Ja es ſcheint der Sinn unſerer Stelle an ſich, und gar wenn man ſie mit den beiden übrigen in Verbindung bringt, ſo deutlich, daß ich kaum weiß, wie ich denſelben deutlicher machen ſoll, als es die Worte ſelbſt ergeben. Wenn der ſpätere Gläubiger, der durch Ausübung des jus offerendi an die Stelle des erſten getreten iſt, venditionem *recte* facit, dagegen ante secundum creditorem dimissum, *nullo jure* titulo pignoris vendit — nec alias *distrahendi potestatem* consequitur, nisi

priori creditori debita fuerit soluta quantitas: so kann doch wohl Nichts deutlicher seyn, wie diese, unter sich in dem genauesten Zusammenhange stehenden, Aeußerungen. Da in den neueren Zeiten auch dem späteren Pfandgläubiger eine Veräußerungsbefugniß zugeschrieben worden ist [40]; so dürfte es hier der Ort seyn, noch ein Paar Worte über die für diese Ansicht gebrauchten Gründe hinzuzufügen. Diese sind im Wesentlichen die folgenden. Das Wesentliche des Pfandrechts bestehe in dem Veräußerungsrechte. Darum müsse man auch dem späteren Pfandgläubiger die Veräußerungsbefugniß zugestehen. Dies könne man um so unbedenklicher, da ja selbst der Debitor zu veräußern berechtigt sey und der frühere Pfandgläubiger keine Nachtheile von dieser Veräußerung habe, indem der spätere ihn vorerst aus dem Erlöße befriedigen müsse und bis zu dieser Befriedigung sein Pfandrecht fortdauere. Ueberhaupt gelte der Grundsatz im Römischen Rechte, daß Jeder sich Das gefallen lassen müsse, was ihm nicht schade, Andern aber nütze, und gerade aus diesem Grunde werde denn auch dem spätern Pfandgläubiger ausdrücklich in fr. 15. §. 5. D. 42, 1. das Veräußerungsrecht gestattet.

Wir wollen mit der Würdigung des zuletzt angeführten Grundes beginnen, und den Inhalt der angegebenen Stelle näher betrachten. Diese sagt: Quod si res sit pignorata, *quae pignori capta est*, videndum est, an sic distrahi possit, *ut dimisso creditore, superfluum in causam judicati convertatur?* Et quanquam non cogatur creditor rem, quam pignori acceperit, distrahere; *tamen in judicati executione servatur*, ut si emtorem invenerit res, quae capta est, *qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit pa-*

40) Linde, Marezoll u. v. Wening Zeitschrift B. 3. H. 2. No. 12. S. 234. S. a. Bopp Mittheilungen B. 1. S. 114.

ratus, admittenda sit hujus modi quoque rei distractio: nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisdatum [oder satisfactum].

Dieses Fragment redet nicht von den Rechten des spätern Pfandgläubigers; sondern von denen des Richters bei der Execution. Es hält es nicht für ganz unzulässig, daß dieser auch eine früher verpfändete Sache zum Behufe der Urtheilsvollstreckung veräußere, wenn der Käufer bereit ist zuerst den früheren Gläubiger zu bezahlen und alsdann die zugesprochene Summe zu berichtigen. Zugleich bemerkt sie, daß, obschon sonst der frühere Gläubiger zur Veräußerung des Pfandes nicht genöthigt werden könne, denn doch diese Modification allgemeiner Grundsätze bei der Vollstreckung von Urtheilen beobachtet werde. Diese Sitte sey auch unbedenklich, da der frühere Creditor durch sie in keinem Falle gefährdet werde. Daß die hier angegebenen Grundsätze aus der, dem Römischen Rechte völlig unbekannten Regel, quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli, hervorgegangen sey, dies wird nirgends gesagt.

Diese Stelle redet also nicht von der Veräußerungsbefugniß des spätern Pfandgläubigers, sondern nur von dem Rechte des Richters bei der Urtheilsvollstreckung für den frühern und spätern Pfandgläubiger eine Veräußerung vorzunehmen, sie redet nur von einem Falle des Pfandrechtes und giebt die aufgestellten Grundsätze ausdrücklich als etwas Besonderes an, das auf den Gerichtsgebrauch sich gründe und nur in diesem Falle eintrete. Was soll nun wohl aus dieser Stelle für den in Frage stehenden Grundsatz gefolgert werden können?

Da, wie so eben bemerkt wurde, das Römische Recht den Grundsatz nicht kennt, daß jeder zu dem, was ihm nicht schade, Andern aber nütze, gezwungen werden könne; so läßt es sich nicht wohl absehen, was die Bemerkung, der frühere

Pfandgläubiger leide durch die Veräußerung des spätern keine Nachtheile, für die vorliegende Frage für eine Bedeutung haben solle. Uebrigens ist diese Bemerkung nicht einmal gegründet, da er durch die Veräußerung des spätern entweder indirect zu veräußern gezwungen, oder später einen vielleicht weitläufigen und nachtheiligen Proceß gegen Dritte zu führen würde genöthigt werden. Uebrigens ist es völlig ungegründet, daß der frühere ein Recht habe von dem spätern Befriedigung aus dem Erlöße zu begehren, wie schon oben aus fr. 1. D. 20, 5. erwiesen worden ist: es fällt hiermit also das ganze Fundament dieses Grundes zusammen.

Daß der debitor immer ein Recht zu veräußern habe, dies ist schon oben im Anfange dieses Absatzes, S. 168, geläugnet worden: allerdings ist es aber gegründet, daß er regelmäßig fähig ist, eine giltige Veräußerung vorzunehmen, jedoch nur salvo jure pignoris. Aus dieser Fähigkeit dürfte übrigens sehr wenig für das Recht des späteren Pfandgläubigers gefolgert werden können. Auch würde eine solche Veräußerungs-Fähigkeit, wie sie dem Debitor zusteht, dem späteren Pfandgläubiger eben keinen großen Nutzen gewähren, da bei ihr alle frühern und spätern Pfandrechte bestehen blieben und der Käufer sich höchstens durch das ehemalige Recht seines Auctors gegen die spätern zu schützen berechtigt wäre. Eine solche Veräußerungsbefugniß würde durchaus keine andere Resultate gewähren, als wie die, welche ohnehin auch nach der hier vertheidigten Meinung Statt finden.

Der einzige Grund, welcher für die entgegengesetzte Ansicht übrig bleibt, ist der, welcher aus der Natur des Pfandrechtes hergenommen ist. Auch dieser dürfte jedoch seine Bedeutung verlieren, wenn man die, oben angegebenen, geschichtlichen Bemerkungen und die ganze Stellung des frühern und spätern Pfandgläubigers berücksichtigt. Zudem hat auch nach der hier vertheidigten Ansicht der spätere Pfandgläubiger die Befugniß nicht allein sein Pfandrecht zu veräußern, sondern auch die Sache zu verkaufen, wenn er vorher den

frühern Pfandgläubiger abgefunden hat. — Daß nur allein alsdann ein Recht vorhanden ſey, wenn man ohne Weiteres ſogleich alle darin liegenden Befugniſſe ausüben kann: dies wird wohl Niemand ernſtlich behaupten wollen.

Allerdings kann es vorkommen, daß der ſpätere Pfandgläubiger die verpfändete Sache ohne Abfindung des frühern aus Irrthum zur Veräußerung bringt. Daß hier, wenn der frühere ſich nicht meldet, die Veräußerung, obſchon ſie an ſich ungiltig iſt, dennoch ihre Wirkung äußert: dies kann hier ſo wenig in Betrachtung kommen, wie Das, daß auch die von einem Nicht-Eigenthümer vorgenommenen Veräußerungen Wirkſamkeit äußern, wenn ſich der Eigenthümer ruhig verhält. So wenig übrigens aus dem letzten Umſtande gefolgert werden kann, daß dem Nicht-Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß zuſtehe, ſo wenig läßt ſich aus dem erſten folgern, daß der ſpätere Pfandgläubiger dieſe Befugniß habe.

VIII.

Von dem Verzichte auf Rechtsmittel.

Vom

Großh. Miniſterialrath Herrn Dr. J. Linde zu Darmſtadt.

(Schluß der im XIV. Bd. 1. H. abgebr. Abhandl.)

§. 12.

Grundſätze über die Auslegung des Verzichts, rückſichtlich des Umfangs.

Die Gründe, welche für die rechtliche Zuläſſigkeit des Verzichts auf die Appellation ſprechen, rechtfertigen auch die Zuläſſigkeit eines Verzichts auf andere Rechtsmittel, wenn gleich